

A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal

Autor: José Paulo Baltazar Junior

Juiz Federal e Mestre em Direito (UFRGS)

Publicado na Edição 17 - 25.04.2007

Introdução

A triste realidade da grande maioria das prisões brasileiras não condiz com a importância que deveria ser dada à execução penal, fase final da persecução criminal, caracterizada como uma relação jurídica complexa, em que Estado e preso detêm direitos e obrigações recíprocos e complementares.⁽¹⁾

De fato, é conhecido o problema disciplinar enfrentado nas prisões brasileiras, a resultar em verdadeira dominação das instituições por parte dos presos mais fortes ou integrantes de determinados grupos,⁽²⁾ de modo a submeter os demais a toda sorte de violências e até mesmo à morte,⁽³⁾ bem como a perseverar na prática criminosa de dentro do estabelecimento, particularmente no caso de organizações criminosas, valendo-se da facilidade dos meios de comunicação postos à disposição, bem assim do livre acesso de visitantes que, a par da necessária e conveniente assistência familiar, servem aos propósitos de levar ordens e determinações para os executantes que não estão encarcerados.

A propósito, interessante relato jornalístico foi feito sobre o Presídio de Bangu I, como segue:

"A rígida vigilância, porém, não impediria Paulista de se comunicar com os parceiros da quadrilha de seqüestro, tanto dentro do novo presídio quanto fora dele. As histórias dos 'fundadores' do presídio, como Paulista, iriam contribuir para Bangu I se tornar conhecido em poucos anos como o maior 'escritório do crime organizado do Brasil', um QG do Comando Vermelho fora do controle da justiça, como foi denunciado pelos próprios promotores do Ministério Público do Rio, em 2002."⁽⁴⁾

A par disso, o poder econômico de certos presos compromete a disciplina, ao possibilitar o pagamento por toda sorte de privilégios, desde a localização em celas privilegiadas, passando por objetos lícitos como alimentos e eletrodomésticos e chegando aos irregulares do ponto de vista administrativo, como telefones celulares, álcool e serviços de prostituição, ou ilegais, como drogas e armas.

As dificuldades aí postas resultaram na publicação da Lei nº 10.792/02, que, alterando dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, introduziu o regime disciplinar diferenciado na execução penal.

O presente trabalho pretende examinar a disciplina legal do cárcere duro ora introduzido, como manifestação do poder sancionador do Estado, no contexto de uma relação de especial sujeição, à luz do ordenamento constitucional e do direito administrativo sancionador. O exame da legislação ora introduzida é precedido de um primeiro capítulo sobre a execução penal e os direitos do preso, pressupostos tidos como imprescindíveis para a compreensão do novo regime.

1. A execução penal

1.1. Natureza

A execução penal, nos dizeres do art. 1º da Lei de Execuções Penais, "tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar as condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (LEP, art. 1º). A execução penal constitui, então, o momento de concretização dos fins da pena, mormente a prevenção especial, mediante a oportunidade da reflexão sobre o ato cometido e da mudança, de dentro para fora, do condenado, no chamado processo de metanóia.

De ressaltar que a garantia constitucional da individualização da pena (CRFB, art. 5º, XLVI), que representa uma manifestação do preceito da proporcionalidade, no sentido de que a pena deve ser adequada, em justa relação com o ato e a culpa do agente, sem excesso,⁽⁵⁾ não é limitada à fase da sua aplicação, embora seja esta sua faceta mais visível. Com efeito, a individualização inicia-se antes da aplicação da pena, na fase legislativa, quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. Tampouco termina a individualização na aplicação da pena, mas prossegue ao longo da execução, o que pode ser extraído do inciso XLVIII da Constituição, que determina o cumprimento da pena "em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". Tal idéia se apresenta de forma ainda mais clara no Capítulo I do Título II da LEP, que trata da classificação do preso, mencionando o art. 5º, de forma explícita, que "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal." Na mesma linha, o art. 6º, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, estabelece que "A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório".

Também o CP, em seu art. 34, determina a realização de exame criminológico de classificação para individualização da execução.

Ainda neste item destinado a expor as linhas gerais do processo de execução penal, necessário ressaltar o seu caráter jurisdicional, estabelecendo o art. 2º da LEP que "A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal".

A seu turno, o inciso II do art. 61 arrola entre os órgãos da execução penal o Juízo da Execução, a quem compete a execução penal (LEP, art. 65), com as atribuições definidas pelo art. 66 do mesmo diploma. É certo, ainda, que "O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução", como previsto no art. 194 da LEP, tudo a ressaltar o caráter judicial da execução, como reconhecido pela jurisprudência,(6) com as consequências daí decorrentes, em especial a aplicação dos princípios processuais de fundamentação das decisões (CF, art. 93, IX),(7) devido processo legal, contraditório (STF, HC 67.201/SP, Célio Borja, 2ª. T., 20.06.89) e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Há, porém, na execução penal, forte parcela da atuação do Estado-Administração, encarregado da administração dos estabelecimentos penais, com atribuições decisórias, em muitos casos, como, por exemplo, a restrição dos direitos de trabalho e recreação, de visita e de correspondência (LEP, art. 41, parágrafo único, e art. 53, III) e aplicação das sanções de advertência, repreensão e isolamento (LEP, art. 54). Além disso, o Juiz, ao aplicar sanções aos apenados, em decorrência de faltas por estes cometidas, o faz no âmbito do direito administrativo sancionador, admitindo-se que o fato de ser a autoridade aplicadora um magistrado não afasta o caráter administrativo da sanção,(8) que não é, no caso, penal.

1.2. Direitos do preso

Sendo o preso sujeito da execução penal e não seu objeto, é certo que conserva os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se às autoridades o respeito à sua integridade física e moral, como deixam claro os arts. 38 do CP(9) e 40 da LEP.(10) Tais dispositivos estão fundados no inciso XLIX do art. 5º da Constituição, que assegura "aos presos o respeito à integridade física e moral".

Demais disso, os direitos do preso encontram fundamento na dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 3º, III) e na proibição de penas cruéis ou de trabalhos forçados (CF, art. 5º, XLVII).

Partindo de tais normas gerais, os direitos do preso são explicitados no art. 41 da LEP, assegurando-lhes: "I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente".

O direito à assistência jurídica, objeto também do art. 15, implicará, se for o caso, atuação da defensoria pública ou nomeação de defensor dativo.(11)

Particularmente importante, nesse rol, o direito de visita ou de assistência familiar, que é um dos fundamentos do princípio no sentido de que a execução penal se dê em estabelecimento localizado em local próximo ao de residência do condenado (STF, HC 62411/DF, Aldir Passarinho, 2ª. T., RTJ 113: 1049).(12) Com efeito, embora o texto legal não seja explícito em garantir tal direito pode ser inferido também de outros dispositivos da LEP, tais como o art. 90, que determina a construção de penitenciária em local afastado de centro urbano, mas a distância que não restrinja a visitação, e o art. 93, que determina a localização da casa do albergado em centro urbano.

De notar, porém, que não há um direito absoluto ao cumprimento da pena em local próximo ao da residência dos familiares ou à visitação, como já decidido pelo STF, nos seguintes termos:

"Ao dispor que as penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União, nem por isso o art. 86 da Lei 7.210, de 11.07.1984, criou para o condenado um direito subjetivo,

irrecusável pela administração judiciária. As circunstâncias, em cada caso, é que devem justificar a autorização do Juízo competente, para que a execução assim se proceda. Para concedê-la ou recusá-la, o juiz deve levar em conta, não apenas as conveniências pessoais e familiares do preso, mas, também, os da administração pública, sobretudo quando relacionadas com o efetivo cumprimento da pena. Quando haja risco de cumprimento inadequado da pena, no lugar pretendido pelo sentenciado, deve ser recusado o benefício." (STF, HC 71076/GO, Sydney Sanches, 1ª T., 5.4.94)(13)

Merece referência, ainda, a visita íntima, recomendada pela Resolução nº 1 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 30 de março de 1999, e usualmente regulamentada em legislação estadual, como faculta o inciso I do art. 24 da Constituição.

Esse rol de direitos, por evidente, sofre limites de várias ordens, não podendo ser tomado como algo absoluto. A primeira ordem de limitações é imanente à natureza da relação que o preso tem com o Estado, caracterizada como uma relação de especial sujeição, assim entendidas "aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão".(14)

Outras limitações derivam das possibilidades fáticas de concretização, particularmente naquelas que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, como a atribuição de trabalho, a previdência social, a constituição de pecúlio e a assistência educacional. Há ainda limitações decorrentes da necessidade de preservar a segurança dos servidores, dos demais internos e dos visitantes. Por fim, uma quarta ordem de limitações pode decorrer, como sanção, do descumprimento dos deveres do preso (LEP, art. 38), de atos de indisciplina (LEP, arts. 44-8) ou mesmo do regime de cumprimento estabelecido de acordo com a quantidade da pena aplicada, bem como com as circunstâncias do fato, incluindo a reincidência (CP, arts. 33 e 59, III).(15)

O parágrafo único do art. 41 estabelece que "os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento". Isso não significa que outros direitos não possam ser limitados, mas apenas que sua limitação não poderá se dar por ato da administração, mas sim do Juízo.

Especificamente em relação ao direito de correspondência, o STF decidiu que:

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas." (STF, HC 70814/SP, Celso Mello, 1ª T., un., 1º.03.94)

Não há, em nosso ordenamento, um delito autônomo de imposição de sanções indevidas ou uso de um rigor desnecessário por parte de servidor da administração penitenciária, como aquele previsto no art. 533 do CP espanhol.(16)

No entanto, a imposição de restrições ou castigos indevidos ou sem a garantia de defesa ao preso poderá acarretar a responsabilização funcional ou até mesmo criminal do servidor, que poderá responder por delito de abuso de autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, art. 4º, a ou b) ou de tortura (Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, art. 1º, § 1º). Além disso, de acordo com o STF: "A eventual inobservância das normas do artigo 41 da Lei 7.210/84 enseja a instauração de incidente de excesso ou desvio de execução, a ser suscitado perante o juízo competente." (RHC 65393/SP, Carlos Madeira, 2ª T., un., 21.08.87)

1.3. Deveres do Preso e Disciplina

Nos termos do art. 38 da LEP: "Cumpra ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena."

Explicitando a norma, o art. 39 arrola os seguintes deveres do condenado: "I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal."

O descumprimento dos deveres por parte do condenado pode configurar falta, como previsto nos arts. 49 a 51 do CP, detalhados por legislação local, a qual podem vir a ser punidas

administrativamente,(17) no exercício do poder sancionador da administração penitenciária, que deve obedecer aos seguintes princípios: a) legalidade; b) tipicidade; c) proibição de bis in idem; d) culpabilidade; e) proporcionalidade; f) oportunidade.(18)

Como refere Fábio Osório: "De um ponto de vista de eficácia, o Direito Administrativo é um instrumento tão legítimo quanto o direito penal para a garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico".(19)

Por fim, como previsto no art. 44: "A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho".

2. Regime disciplinar diferenciado

2.1. Antecedentes

O regime disciplinar diferenciado foi criado, inicialmente, no Estado de São Paulo, veiculado pela Resolução SAP-026, de 4 de maio de 2001, publicada no DOE, v. 111, n. 84, de 5 de maio de 2001, a qual, segundo sua ementa, "Regulamenta a inclusão, permanência e exclusão dos presos no Regime Disciplinar Diferenciado". A norma teria sido veiculada no exercício da competência estadual para legislar sobre direito penitenciário e foi considerada válida pelo TJSP (HC 400.000.3/8, 6ª Cam., 21.11.02).

A experiência paulista motivou o Projeto de Lei nº 5.073/2001, do Poder Executivo Federal, que veio a ser aprovado, resultando na Lei nº 10.792/03, que introduziu em nosso ordenamento o regime disciplinar diferenciado, apesar da manifestação contrária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em sessão de 14 de abril de 2003, bem como na Resolução nº 10, de 12 de maio de 2003, que aprovou o Relatório da Comissão instituída para estudo da matéria.(20)

2.2. Medidas aplicáveis

A Lei referida alterou vários dispositivos da LEP, entre os quais o art. 52, segundo o qual o regime disciplinar diferenciado consiste nas seguintes medidas, aplicáveis por um prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave, até o limite de um sexto da pena aplicada: a) recolhimento em cela individual; b) limitação das visitas semanais a duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; c) limitação da saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

Temos que, além das limitações ora referidas, será consequência da imposição do regime disciplinar diferenciado a restrição dos direitos ao trabalho e à recreação (LEP, art. 41, V), incompatíveis com a permanência em cela individual.

A lei federal deixa, ainda, espaço para a regulamentação suplementar da matéria por parte dos Estados-Membros, nos termos do art. 5º, assim redigido:

Art. 5º Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar."

As medidas dos incisos I e II, de especial importância para os casos de organizações criminosas, visam a preservar a segurança do pessoal penitenciário, bem como a evitar a corrupção, com a transgressão das regras do regime e oferta de outros privilégios, seja por intermédio de ameaça ou do oferecimento de vantagens econômicas aos servidores, ou seja, do convencimento através da prata ou plomo, como referido nos países de língua espanhola.

O rol do art. 5º, acima transcrito, não é exaustivo, podendo a regulamentação estadual prever a proibição de visita íntima e restrições sobre a correspondência, bem como de outros privilégios, como a entrada de alimentação de fora do estabelecimento,

garantido, é claro, o fornecimento de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para a manutenção do condenado.

De notar que o isolamento já estava e continua previsto no inciso IV do art. 53 da LEP como sanção disciplinar, não sendo novidade da lei ora comentada.

A nova lei alarga, ainda, a possibilidade de que a pena venha a ser cumprida em outro estado, o que também não é novidade, sendo a medida já admitida na redação originária da LEP.(21) Com efeito, a medida poderá ser adotada não só no interesse da segurança pública, mas também para garantia do próprio condenado, ameaçado por grupos rivais ou em razão da natureza do delito cometido, como nos casos de estupradores ou ex-policiais.(22)

Além de alterar a LEP, a referida Lei nº 10.792/03 determinou, ainda, as seguintes medidas relativas à segurança do estabelecimento:

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4º Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 7º A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

2.3. Hipóteses

A inclusão no regime disciplinar diferenciado poderá ocorrer em três hipóteses distintas, a saber: a) como sanção disciplinar, em decorrência da prática de falta grave consistente em crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna (LEP, art. 52, caput, e art. 53, V); b) para condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1º); c) para condenados ou presos provisórios sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (LEP, art. 52, § 2º).

Em relação à primeira hipótese, consiste em decorrência do descumprimento dos deveres do preso e da disciplina, consistindo em manifestação do poder sancionatório, a fim de manter o devido

controle sobre o estabelecimento penal, que deve ser do Estado, e não dos presos. O sistema de progressão de regime está baseado no mérito – ou no demérito – do condenado. Sendo assim, é razoável imputar ao condenado que comete falta grave consistente em crime doloso e que afete a ordem e a disciplina do estabelecimento uma sanção em decorrência de tal ato. Apresenta-se, assim, instrumento adequado a casos de motins violentos, em cujo contexto ocorrem, não raro, crimes graves, como homicídios qualificados pela crueldade.

Cuidando-se de fatos novos, consistentes na falta grave cometida, não há falar, sequer, em violação da coisa julgada que assegurava, eventualmente, regime menos rigoroso, como já decidiu o STF, tratando de hipótese em que se invocava tal instituto para obstar a aplicação do art. 127 da LEP, que trata da perda do benefício da remição em caso de cometimento de falta grave.⁽²³⁾ Pela mesma razão, não há que falar em dupla punição pelo mesmo fato.

A segunda hipótese de imposição do regime disciplinar diferenciado não apresenta natureza de sanção, por não estar vinculada a uma falta cometida, nem possuir caráter punitivo. Nesse caso, a medida é imposta, em caráter cautelar, a fim de evitar a concretização de um risco iminente.⁽²⁴⁾ A sua imposição dependerá, então, da demonstração da existência de indícios concretos do aludido risco, o que será referido na decisão de imposição do regime, como corolário do dever geral de fundamentação das decisões. Exemplifica-se com o comportamento particularmente violento do acusado, a forma de cometimento do crime anteriormente cometido, eventuais tentativas de fuga, etc.

Por fim, em se cuidando de organização criminosa, quadrilha ou bando, a implantação do regime disciplinar diferenciado representa forma legítima de reação estatal contra formas específicas de criminalidade. A quadrilha ou bando, disciplinada no art. 288 do CP, apresenta conceito que não gera maiores controvérsias. Quanto às organizações criminosas, o Brasil assumiu, até mesmo no plano internacional, a obrigação de reprimir. Com efeito, entrou em vigor no Brasil, por força do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e do D. nº 5.015, de 12 de março de 2004, a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, devendo os operadores do direito tornar-se aptos a aplicar, no plano interno, tais normativas, até para que nosso país seja visto, pela comunidade internacional, como cooperante, a fim de granjear a reciprocidade dos demais. Em nossa posição, até que a lei brasileira venha a oferecer um conceito de crime organizado, consideramos possível valer-se do conceito dado pela Convenção de Palermo.

Diga-se que o agravamento do regime de cumprimento da pena em relação a certos delitos não é novidade em nosso ordenamento, existindo outros dispositivos legais que trazem dispositivos dessa ordem, a saber: a) crimes hediondos ou equiparados cuja pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º); (25) b) os condenados por crimes praticados por organização criminosa (Lei nº 9.034/95, art. 10); c) o condenado por crime de tortura, exceto por omissão (Lei nº 9.455/97, art. 1º, § 7º).

É de registrar ainda que, em linha de princípio, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, (26) a imposição do regime disciplinar diferenciado não decorrerá, pura e simplesmente, do fato de ter sido o crime cometido por quadrilha, bando ou organização criminosa, acrescendo-se a tais requisitos a demonstração da necessidade da medida no caso concreto, em virtude do grau de organização e do tipo de grupo criminoso, o que poderá levar a um risco de fuga ou resgate violento, da reiteração na prática criminosa após a prisão, em virtude, por exemplo do grau de articulação com indivíduos soltos, etc. Empresta-se, assim, interpretação conforme ao dispositivo, sem vislumbrar, em abstrato, inconstitucionalidade.

Por fim, uma certa abertura na construção das hipóteses de aplicação do novo regime não representa vício sobre a construção legal, que dependerá, ainda, de concretização pretoriana. (27)

2.4. Procedimento

A inclusão no regime disciplinar diferenciado dar-se-á mediante requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, que poderá ser, por exemplo, o Secretário Estadual de Segurança, quando a administração detenha informações e evidências a respeito dos pressupostos da inclusão.

O pedido formulado pela autoridade administrativa implicará abertura de um procedimento para decisão sobre a matéria.

De ver que a garantia do devido processo é obedecida, pois a inclusão no regime disciplinar diferenciado dá-se, após a oitiva da defesa e do Ministério Público (LEP, art. 54, § 2º), que tem função fiscalizadora na execução penal; (28) por decisão judicial, devidamente fundamentada, como toda decisão judicial (CF, art. 93, IX), garantia reforçada pelo art. 54, caput, da LEP.

A manifestação da defesa assegura o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que implicam a efetiva consideração da prova produzida por esta, como afirmado pelo STF ao anular decisão que determinou a regressão de regime desconsiderando "as

contraprovas indicadas pela defesa para refutar a versão apresentada" (HC 74.674/RJ, Ilmar Galvão, 1ª T., un., 10.12.96). Efetivamente, de nada adianta possibilitar a manifestação da defesa se as provas por ela trazidas são desconsideradas na decisão proferida.

Impõe-se assegurar ao preso o direito de contrastar a inclusão no regime disciplinar diferenciado, assegurada a defesa técnica, que deve ser garantida sob pena de nulidade do procedimento, por violação do inciso LXIII do art. 5º da Constituição e do art. 59 da LEP, "não sendo por outra razão que esse último diploma legal impõe às unidades da Federação o dever de dotar os estabelecimentos penais de serviços de assistência judiciária, obviamente destinados aos presos e internados sem recursos financeiros para constituir advogado (arts. 15 e 16). (STF, HC 77862/SP, Ilmar Galvão, Pl., 17.12.98, un.) É certo, nessa linha, e em situações que não requeiram urgência, que: "Em atenção ao princípio constitucional do contraditório e da amplitude da defesa, não se admite, em sede de execução penal, a revogação de qualquer benefício concedido ao condenado sem sua prévia ouvida para apresentar as justificativas de que dispuser." (STJ, HC 22725/SP, José Arnaldo da Fonseca, 6ª T., un., 5.2.02)

No entanto, em havendo urgência, a possibilidade de medida cautelar que agrava a situação do preso, como previsto, não é, de todo modo, estranha à execução penal, como já reconhecido na hipótese de regressão para o regime fechado (LEP, art. 118, I) após a fuga, que constitui falta grave (LEP, art. 50, II).(29) Nesse sentido, já afirmou o STF que:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REGIME SEMI-ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. FUGA: QUEBRA DE DEVER DISCIPLINAR. SANÇÃO DE REGRESSÃO AO REGIME FECHADO (ARTS. 50, INC. II, E 118, INCISO I, E §§ 1º E 2º, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS). DIREITO DE DEFESA DO SENTENCIADO. CABIMENTO, PORÉM, DA MEDIDA CAUTELAR DE REGRESSÃO. HABEAS CORPUS. 1. Se até antes da condenação pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado. Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso. O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena. 2. Essa determinação pode ser provisória, de

natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como o previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso. 3. Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. I, §§ 1 e 2, da mesma Lei. É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta. 4. H.C. indeferido." (STF, HC 76271/SP, Sydney Sanches, 1ª T., un., 24.03.98)

A regressão, aliás, está contida na idéia do sistema progressivo – ou regressivo – de execução de pena, de modo que não viola a garantia constitucional do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).(30)

Na mesma linha, o art. 6º da Lei nº 10.792/03, ao estabelecer que "No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas".

2.5. Constitucionalidade

Evidentemente que a imposição do regime disciplinar diferenciado representa uma restrição a direito fundamental, mas veiculada por lei, no exercício da liberdade conformadora do legislador na individualização da pena, como deixa claro o inciso LXVI da Constituição, ao estabelecer que "a lei regulará a individualização da pena". O dispositivo deixa claro que a restrição do direito fundamental é objeto de reserva legal simples, caso em que se exige "apenas que eventual restrição seja prevista em lei".(31)

Um segundo ponto a destacar é que se está diante de uma relação de especial sujeição, sobre as quais assim se manifesta Hesse:

"Trata-se de condições de vida especiais de, cada vez, legalidade própria material especial que, por causa dessa legalidade própria, também, cada vez, requerem ordens especiais mais elásticas. (...) As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida da coletividade, se o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais do particular também permanecesse conservado completamente no status especial."(32)

A introdução do novo instituto sofreu crítica de parte da doutrina, que considerou inconstitucional, com os seguintes argumentos: a) representa imposição de pena cruel(33) (CF, art. 5º, XLVII); b) viola a integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX);(34) c)

submete o preso a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III); (35) d) viola o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), por não estar previsto no CP; (36) e) viola a garantia da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI); (37) f) a garantia da proporcionalidade, (38) pois a duração da penalidade é maior do que a de dispositivos do CP, como no caso de crime de lesões corporais; g) a garantia da vedação de prisão administrativa (CF, art. 5º, LXI). (39)

Com a devida vênia, não há crueldade no regime disciplinar diferenciado, entendida esta como sofrimento desarrazoado e imotivado. Sem dúvida que há privação de alguns direitos assegurados aos presos em geral. No entanto, é certo que a privação é inerente à própria idéia de pena ou sanção, (40) sendo ainda admissível em medidas com caráter cautelar.

Não há falar, tampouco, em violação da integridade física ou moral do preso, havendo mera diferença do grau de apenamento ou na forma de seu cumprimento, sem qualquer atentado físico ou mental sobre o preso.

O argumento de que o regime disciplinar diferenciado viola o princípio da legalidade parece facilmente superável, uma vez que foi veiculado por lei, sendo certo que não há impedimento a que a matéria seja regulada fora do Código Penal.

Sendo o regime aplicável a situações determinadas, mediante aplicação do devido processo, com garantia de ampla defesa e controle judicial, não há, tampouco, violação da Constituição em qualquer desses aspectos. Nem se diga que há prisão administrativa, vedada pelo texto constitucional, pois o sujeito do regime já se encontra preso, ou seja, em uma relação de especial sujeição, como antes referido, variando apenas a sua forma de cumprimento.

O argumento de que a duração do regime disciplinar diferenciado é maior do que a pena para alguns delitos cometidos com violência, aí residindo a inconstitucionalidade, também não procede. Em primeiro lugar, porque a aplicação do regime se dá no âmbito de uma relação de especial sujeição, da qual podem decorrer efeitos mais graves para o cidadão. Em segundo lugar, por evidente que o término do cumprimento da pena implicará, como consequência lógica, a cessação do regime disciplinar diferenciado, a não ser que pese contra o sujeito prisão preventiva.

Por fim, basta dar ao dispositivo interpretação conforme a constituição, aplicando-o de forma proporcional à falta cometida. Assim, se, em determinados concretos, ocorrer violação do princípio da proporcionalidade, o que demandará verificação das circunstâncias

em que aplicado, haverá controle judicial e recursal sobre o acerto ou desacerto da medida, sem que se possa afirmar, *prima facie*, a inconstitucionalidade dos dispositivos como um todo.

Quanto à individualização da pena, na verdade, mais acertado o entendimento de que o regime disciplinar diferenciado, ao contrário de violar os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena, os preserva,⁽⁴¹⁾ ao impor a alguns presos, em casos determinados, atendidas as hipóteses legalmente previstas, regime mais rigoroso, que sancione a falta disciplinar e evite a reiteração da prática criminosa, garantindo, ainda a segurança dos demais presos.⁽⁴²⁾

Nessa linha, assentou o STJ que a instituição do regime disciplinar diferenciado não viola o princípio da proporcionalidade, afirmando "Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos". (STJ, HC 40300, Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., un., 07.06.05)

Conclusão

A implementação do Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal não viola a Constituição, constituindo forma proporcional de resposta penal em casos graves, que, ao contrário de ofender, concretiza a garantia constitucional da individualização da pena, dentro da liberdade de conformação deixada ao legislador ordinário, cuidando-se de hipótese de reserva legal simples, dentro de uma relação de especial sujeição, consistindo em instrumento necessário e adequado frente a certas práticas criminosas, nomeadamente em casos de faltas graves, risco para a segurança, ou ainda quando o sujeito integrar organização criminosa, quadrilha ou bando, podendo tais condutas ou situações ser objeto de atuação sancionatória por parte das autoridades responsáveis pela execução penal.

Bibliografia

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

BORTOLOTTI, Gilmar. *Regimes diferenciados, igualdade e individualização*. mimeo, s.d.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. p. 383-386, 2004. Em: CARVALHO, Salo de (Org.). Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CESARONI, Claudia. Cárcel y escuela: una mirada al control disciplinario. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Criminologia - Teoría y Praxis. Buenos Aires, v.2, n.2, p. 377-395, 2003.

FERREIRA, Fábio Félix; CUTIÑO RAYA, Salvador. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.12, n.49, p. 251-290, jul./ago. 2004.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal: primeiras impressões. p. 272-309, 2004. Em: GOMES, Luiz Flávio, VANZOLINI, Maria Patricia (Coord.). Reforma criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEAL, César Barros. A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.12, n. 50, p. 119-147, set.-out. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, p. 232.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. Revista síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre, v.5, n.28, p. 37-40, out./nov. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. Revista do Advogado. São Paulo, v.24, n.78, p. 61-66, set. 2004.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El régimen disciplinario penitenciario. La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Madrid, v. 1, n. 8, p. 23-46, set. 2004.

Notas:

1. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El régimen disciplinario penitenciario. La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Madrid, v.1, n.8, p. 23-46, sept. 2004, p. 23.
2. LEAL, César Barros. A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50, 2004, p. 128-131.
3. De ressaltar, aliás, que o Estado tem responsabilidade, até mesmo do ponto de vista civil, sobre a pessoa presa, quando ferida (STF, RE 382054/RJ, Carlos Velloso, 2ª T. un., 3.8.04) ou morta (STF, RE 272839/MT, Gilmar Mendes, 2ª T., un., 1º.02.05).
4. BARCELLOS, Caco. Abusado. O Dono do Morro Dona Marta. Rio de Janeiro. São Paulo: 2004, p. 148.
5. HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 177-178.
6. STF, HC 83.911/RJ, Marco Aurélio, 1ª T., un., 02.03.04.
7. Talvez com algum exagero, pelo tipo de matéria em jogo, que pode estar fundada em conveniência da administração, mas importante por firmar a necessidade da fundamentação, decisão do STF, determinando que deve ser fundamentada, por exemplo, a decisão judicial que determina a remoção de preso para outro estabelecimento (STF, RHC 63.884/RJ, Octávio Gallotti, 1ª. T., 04.04.86).
8. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56.
9. Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.
10. Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.
11. STF, HC 75982/RS, Ilmar Galvão, 1ª T., un., 31.10.97.
12. Assim: "A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando à indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento

do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio. Eficácia do disposto nos artigos 1º e 86 da Lei de Execução Penal." (STF, HC 71179/PR, Marco Aurélio, 2ª T., 03.06.94).

13. No mesmo sentido: STF, RHC 66310/RS, Oscar Corrêa, 1ª T., 24.05.88.

14. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 259.

15. Para mais sobre o tema da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sentença Penal. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 136 e ss.

16. O funcionário penitenciário ou de centros de proteção ou correção de menores que impuser aos reclusos ou internos sanções ou privações indevidas, ou usar de rigor desnecessário contra eles, será punido com a pena de inabilitação especial para emprego ou cargo público, por dois a seis anos.

17. Para uma visão crítica e pessimista sobre a previsão e a forma de aplicação de sanções disciplinares a presos: CESARONI, Claudia. Cárcel y escuela: una mirada al control disciplinario. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Criminologia - Teoría y Praxis. Buenos Aires, v.2, n.2, p. 377-395, 2003.

18. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. El régimen disciplinario penitenciario. La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Madrid, v.1, n.8, p. 23-46, sept. 2004, p. 24-26.

19. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 119.

20. DOU 92, 15.5.03, Seção I, p. 28.

21. STF, HC 82183/GO, Nelson Jobim, 2ª T., un., 1º.03.03.

22. KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal: primeiras impressões. p. 272-309, 2004. Em: GOMES, Luiz Flávio, VANZOLINI, Maria Patricia (Coord.). Reforma criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

23. STF, HC 77592/SP, Ilmar Galvão, 1ª T., un., 12.03.99; STF, RHC 66797/RJ, Néri da Silveira, 1ª T., un., 13.09.98.

24. Segundo Osório: "Há medidas coativas que podem ser adotadas pela Administração Pública ou por outros Poderes Públicos na aplicação das leis, que não constituem sanções administrativas, embora causem sofrimento e efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido. (...) Tais medidas são adotadas antes de se produzirem determinados perigos. O objetivo é, justamente, evitar a ocorrência de determinados fatos, impedir que se consume uma violação da ordem jurídica". (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 99-101)

25. O dispositivo foi considerado constitucional pelo STF (HC 69.603), encontrando-se em curso, atualmente, no Plenário, julgamento em que a matéria poderá ser revista.

26. Pela aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de atenuação do rigor das sanções administrativas: OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 199.

27. Com efeito: "Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta no Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas 'amarras' que normalmente escravizam as normas penais. (...) Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos altamente indeterminados, cláusulas gerais, que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa, seja judicial." (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 205 e ss.)

28. STF, HC 77592/SP, Ilmar Galvão, 1ª T., un., 12.03.99; STF, RHC 66797/RJ, Néri da Silveira, 1ª T., un., 13.09.98.

STF, RE 121591/SP, Sydney Sanches, 14.04.89.

29. STF, HC 84112/RJ, Ellen Gracie, 2ª T., un., 4.5.04. Em sentido contrário, pela impossibilidade de regressão antes da oitiva do condenado, determinada pelo § 2º do art. 118 da LEP: STF, HC 75.662/SP, Marco Aurélio, 2ª T., 03.03.98; HC 76270/SP, Marco Aurélio, 2ª T., 17.03.98.

30. STF, HC 83506/MG, Nelson Jobim, 2ª T., un., 04.11.03.

31. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, p. 232.

32. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 260.
33. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. p. 383-386, 2004. Em: CARVALHO, Salo de (Org.). Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 385.
34. MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este monstro chamado RDD. Revista síntese de direito penal e processual penal. Porto Alegre, v.5, n.28, p. 37-40, out./nov. 2004, p. 38.
35. Idem, p. 38.
36. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. Revista do Advogado. São Paulo, v.24, n.78, p. 61-66, set. 2004, p. 64.
37. Idem, p. 65.
38. FERREIRA, Fábio Félix; CUTIÑO RAYA, Salvador. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v.12, n.49, p. 251-290, jul./ago. 2004, p. 268-271.
39. Idem, p. 279-81.
40. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 74.
41. BORTOLOTTI, Gilmar. Regimes diferenciados, igualdade e individualização. mimeo, s.d.
42. É certo que "deve uma restrição ao direito fundamental estar ajustada ao perigo que deve ser combatido." (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 256)

<a href="javascript:MandaPorMail()